

De rode schoentjes

Citation for published version (APA):

Smits, J. M., & van Angeren, J. R. (2010). De rode schoentjes. In A. G. Castermans, & E. al. (Eds.), *40 jaar practicum: rondom onroerend goed* (pp. 87-93). Kluwer. BWKJ No. 26

Document status and date:

Published: 01/01/2010

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

40 jaar practicum
Rondom onroerend goed

A.G. CASTERMANS, K.J.O. JANSEN, M.W. KNIGGE,
P. MEMELINK & J.H. NIEUWENHUIS
(red.)

met bijdragen van:

J.R. van Angeren	E. Koops
C.G. Breedveld-de Voogd	M.Z. Kos
B.J. Broekema-Engelen	S.D. Lindenberg
A. Broekers-Knol	P. Memelink
A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar	J.H. Nieuwenhuis
A.G. Castermans	M.E. Odink
E.S. Daalder	M. van Pelt
R.A. Dozy	J.A.J. Peter
M.E.L. Fikkers	B.E. Reinhartz
J.J. van der Gouw	F.C.E. Schoordijk
J.M. Hebly	J.A.M.A. Sluysmans
Jac. Hijma	J.M. Smits
E.H. Hondius	H.E. Wegman
W.G. Huijgen	J.A. van der Weide
K.J.O. Jansen	D.H. de Witte
J.F.M. Janssen	A.K. Zirar
G.M. Kerpestein	

Lay-out: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

© 2010, Castermans, Jansen, Knigge, Memelink & Nieuwenhuis

Kluwer, Deventer

ISBN 978-90-13-08228-9

NUR 822-201

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden vervaelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische vervaelvoudingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

Op al onze aanbiedingen en overeenkomsten zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Kluwer bv, gedeponeerd ter griffie van de Rechtbank te Amsterdam op 8 augustus 2007 onder depotnummer 127/2007. Deze vindt u op www.kluwer.nl of kunt u opvragen bij onze klantenservice.

9 | De rode schoentjes

Van: J.M. Smits
Aan: J.R. van Angeren
Vorm: Advies aan cliënt

OPDRACHT

U werkt sinds kort bij een hoofdstedelijk advocatenkantoor. Tot u wendt zich cliënte De Rode Schoentjes BV ('RS'). RS heeft op 5 mei 2010 een huurovereenkomst gesloten met De Hapjeswinkel BV ('De Hapjeswinkel'). De Hapjeswinkel zal een broodjeszaak exploiteren vanuit de gehuurde locatie. De huurovereenkomst treedt in werking op 1 augustus 2010 en eindigt tien jaar later op 31 juli 2020. Na die periode wordt de huurovereenkomst verlengd met huurperioden van telkens vijf jaar. Zowel RS als De Hapjeswinkel kunnen de huurovereenkomst tegen het einde van een bepaalde periode opzeggen, met een opzegtermijn van 12 maanden.

De gehuurde locatie ligt in Kaatsheuvel in het winkelcentrum Holle Bolle Gijs. In het bestemmingsplan dat geldt in het winkelcentrum is bepaald dat het volgende gebruik is toegestaan: detailhandel, woondoeleinden en onderwijsinstellingen.

RS en de Hapjeswinkel hebben met elkaar afgesproken dat de winkel uiterlijk op 1 december 2010 geopend zal worden voor consumenten. De gehuurde locatie is een kale bedrijfsruimte en bouwkundig niet geschikt om als broodjeszaak dienst te doen. De Hapjeswinkel was hiermee bekend voordat zij de huurovereenkomst met RS sloot. De Hapjeswinkel zal dan ook een behoorlijk aantal bouwkundige wijzigingen moeten aanbrengen in de gehuurde locatie voordat de winkel voldoet aan de eisen van de Hapjeswinkel en voor consumenten kan worden geopend.

Omdat het voor de Hapjeswinkel van groot belang is dat zij de door haar gewenste bouwkundige wijzigingen aan de winkel mag realiseren, komt zij met RS overeen dat de huurovereenkomst wordt gesloten onder de ontbindende voorwaarde dat De Hapjeswinkel uiterlijk op 1 oktober 2010 niet de door haar benodigde bouwvergunning heeft verkregen. Uitsluitend De Hapjeswinkel kan zich beroepen op deze ontbindende voorwaarde.

Voor RS is het van groot belang dat De Hapjeswinkel uiterlijk op 1 december 2010 de winkel opent voor consumenten. RS en De Hapjeswinkel zijn dan ook overeengekomen dat als de Hapjeswinkel niet uiterlijk op 1 december 2010 is geopend, RS de huurovereenkomst buiten rechte kan ontbinden.

RS en De Hapjeswinkel komen bovendien overeen dat als RS of De Hapjeswinkel een beroep wil doen op de ontbindende voorwaarde, dat kan door uiterlijk binnen 7 dagen na respectievelijk 1 oktober 2010 en 1 december 2010 schriftelijk de ontbinding van de huurovereenkomst in te roepen. De brief waarin de ontbinding wordt ingeroepen dient uiterlijk op de zevende dag na de genoemde termijnen te worden aangeboden aan de andere partij.

Uw cliënte wenst een bondig advies over de vraag in hoeverre de hierboven gekozen constructies juridisch mogelijk zijn. In uw advies gaat u in elk geval in op de volgende vragen:

- a. Kan met de gemeente worden overeengekomen dat De Hapjeswinkel de bouwvergunning verkrijgt?
- b. Zo nee, welke procedure moet De Hapjeswinkel dan doorlopen om een bouwvergunning te verkrijgen? Ga er bij de beantwoording van de vraag vanuit dat de Hapjeswinkel een zogenaamde 'lichte bouwvergunning' nodig heeft.
- c. Kan De Hapjeswinkel ook een andere procedure doorlopen om deze lichte bouwvergunning te verkrijgen?
- d. Als De Hapjeswinkel niet uiterlijk op 1 oktober 2010 over de door haar benodigde vergunning beschikt, welke procedure moet De Hapjeswinkel dan doorlopen om de huurovereenkomst te ontbinden?
- e. Als De Hapjeswinkel de winkel niet opent op 1 december 2010, welke procedure moet RS dan doorlopen om de huurovereenkomst te ontbinden?

UITWERKING

(a)

U heeft mij gevraagd of met de gemeente kan worden overeengekomen dat de hapjeswinkel de bouwvergunning verkrijgt. Een dergelijke overeenkomst met een overheid, in dit geval een gemeente, wordt gekwalificeerd als een bevoegdhedenovereenkomst. Gecontracteerd wordt dan omtrent de wijze waarop de gemeente haar bevoegdheden krachtens publiekrecht moet uitoefenen. Ingevolge de arresten Kruseman¹ en Eindhoven/Staals² is een overeenkomst met een overheidsorgaan om een bepaald doel te bereiken in beginsel geoorloofd, tenzij zulks van de zijde van de overheid misbruik van bevoegdheden of een feitelijke machtspositie zou inhouden. Het contracteren omtrent het verkrijgen van een bouwvergunning is dat in beginsel niet, zij het dat de gemeente weliswaar kan overeenkomen dat zij zich zal inspannen om een bouwvergunning te verkrijgen, maar dat zij ter zake van het resultaat geen bindende afspraken kan maken. Voor het verkrijgen van een bouwvergunning moeten publiekrechtelijke procedures worden gevoerd, waarbij ook rekening moet worden gehouden met belangen van derden en niet alleen met de civielrechtelijke belangen van de gemeente.³ Uit de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State volgt dat een gemeentelijk bestuursorgaan, zoals het college van burgemeester en wethouders, niet gebonden is aan door derden met de gemeente gemaakte afspraken.⁴ De gemeente kan dus niet op voorhand overeenkomen dat zij zonder rekening te houden met de belangen van derden een vergunning verleent.

(b)

Voor de verbouw van de locatie tot een broodjeszaak, is een bouwvergunning nodig, gelet op de bouwkundige wijzigingen die u wenst door te voeren. Een aanvraag om een bouwvergunning moet worden ingediend bij het college van burgemeester en wethouders van de gemeente, zo volgt uit artikel 40 van de Woningwet. Een bouwvergunning moet worden verleend indien deze in overeenstemming is met het bestemmingsplan; hij moet worden geweigerd indien de bouwvergunning niet in overeenstemming is met het bestemmingsplan (artikel 44 Woningwet). Gelet op de ter plaatse vigerende bestemmingen detailhandel, woondoeleinden en onderwijsinstellingen, is een broodjeszaak die valt onder de bestemming 'horeca', niet toegestaan ingevolge het vigerende plan. Dat betekent dat er een buitenplanse ontheffing zal moeten worden gevraagd (artikel 3.23 Wro). Dit is een relatief eenvoudige procedure. Op grond

1 HR 13 april 1962, *NJ* 1964, 366.

2 HR 19 januari 1968, *NJ* 1968, 166.

3 Vgl. HR 9 januari 1998, *JB* 1998, 27 (Kinderdagverblijf Snoopy; m.nt. HJS).

4 ABRvS 20 mei 2009, *LJN* BI4511.

van artikel 3.23, lid 1, van de Wet ruimtelijke ordening (Wro), juncto artikel 4.1.1, lid 1, onder i, van het Besluit ruimtelijke ordening (Bro) is het mogelijk buitenplanse ontheffing te verkrijgen voor het wijzigen van het gebruik van bouwwerken, al dan niet in samenhang met inpandige bouwactiviteiten, mits de gebruikswijziging betrekking heeft op een bruto vloeroppervlakte van niet meer dan 1500 m² en het aantal woningen gelijk blijft en de gebruikswijziging plaatsvindt binnen de bebouwde kom. Ik begrijp dat de beoogde locatie in een winkelcentrum ligt, hetgeen in zijn algemeenheid binnen de bebouwde kom zou zijn, het aantal woningen gelijk blijft, zodat uitsluitend de vraag is of de gebruikswijziging betrekking heeft op een bruto-vloeroppervlakte van niet meer dan 1500 m².

(c)

Indien de procedure van de buitenplanse ontheffing niet mogelijk is, zal een bestemmingsplanwijziging, dan wel een projectbesluit nodig zijn. Met deze procedures is meer tijd gepaard dan de procedure van een bouwvergunning met een buitenplanse ontheffing. Op grond van artikel 3.24, lid 3, Wro wordt een besluit tot het nemen van een buitenplanse ontheffing voorbereid met de procedure van afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), waarbij wel geldt dat burgemeester en wethouders binnen vier weken na afloop van de termijn van terinzagelegging moeten beslissen. Het ontwerpbesluit wordt voor de duur van zes weken ter inzage gelegd, gedurende welke termijn belanghebbenden een zienswijze kunnen indienen. Nu er een beslistermijn van vier weken geldt, geldt dat binnen tien weken nadat het ontwerpbesluit ter inzage is gelegd, een buitenplanse ontheffing kan worden verkregen. Op grond van artikel 46 Woningwet wordt vervolgens beslist binnen zes weken indien het gaat om een lichte bouwvergunning en binnen twaalf weken indien het gaat om een reguliere bouwvergunning, na ontvangst van de aanvraag. Indien de procedure van een projectbesluit zou worden gevolgd, geldt dat burgemeester en wethouders binnen twaalf weken na de termijn van de terinzagelegging beslissen omtrent de vaststelling van het projectbesluit (artikel 3.11, lid 1, onder e Wro). Vermeerderd met de termijn van terinzagelegging van zes weken, zal die procedure dus in elk geval achttien weken (12 + 6) in beslag nemen.

(d)

De huurovereenkomst is in werking getreden op 1 augustus 2010 en geldt voor bepaalde tijd. Deze overeenkomst is een zogenaamde voorwaardelijke overeenkomst nu de werking van de overeenkomst afhankelijk is van een toekomstige onzekere gebeurtenis (artikel 6:21 BW). De ontbindende voorwaarde heeft betrekking op de verkrijging van de benodigde bouwvergunning door De Hapjeswinkel. Als De Hapjeswinkel niet uiterlijk 1 oktober 2010 over deze vergunning beschikt, kan zij zich beroepen op deze ontbindende voorwaarde, mits zij de vervulling van deze voorwaarde niet heeft belet (artikel 6:23 BW).

De Hapjeswinkel zal uiterlijk op de zevende dag na 1 oktober 2010, dus uiterlijk 8 oktober 2010 een brief aan RS moeten (laten) overhandigen waaruit volgt dat zij de ontbinding inroept.

Omdat De Hapjeswinkel er belang bij heeft dat deze mededeling tijdig aan RS wordt gedaan, is het aan te bevelen deze schriftelijke mededeling per aangetekende brief of per deurwaardersexploot uit te laten brengen. Deze ontbindingsverklaring heeft namelijk eerst werking als deze RS heeft bereikt (zie artikel 3:37 BW juncto artikel 6:224 BW).

(e)

Als gezegd in onderdeel D is de huurovereenkomst in werking getreden op 1 augustus 2010 en geldt deze voor bepaalde tijd. Deze huurovereenkomst heeft betrekking op een gebouwde onroerende zaak. De Hapjeswinkel zal in het gehuurde een broodjeswinkel exploiteren. Gelet op deze omstandigheden is het bijzondere huurregime van artikel 7:290 BW e.v. op deze huurovereenkomst van toepassing. Dat dit huurregime op deze huurovereenkomst van toepassing is, volgt uit artikel 7:290 lid 2 BW: a) het gehuurde betreft een gebouwde onroerende zaak die krachtens overeenkomst van huur en verhuur is bestemd voor de uitoefening van een restaurant- of cafébedrijf; en b) in de verhuurde ruimte is een voor het publiek toegankelijk lokaal voor rechtstreekse levering van roerende zaken of voor dienstverlening aanwezig. Tot de genoemde categorie bedrijven horen alle bedrijven waar gelegenheid wordt geboden aan het publiek om in of vanuit het bedrijf gekochte etenswaren en dranken ter plaatse te nuttigen.⁵

Op grond van het bepaalde in artikel 7:291 BW is het partijen niet toegestaan bepalingen overeen te komen die ten nadele van de huurder afwijken van de wettelijke bepalingen in Boek 7, titel 4, afdeling 6 BW. Als partijen desondanks een dergelijke bepaling overeenkomen, kan de huurder buitengerechtelijk de vernietiging van deze bepaling inroepen (zie artikel 7:291 lid 2 BW). De vernietiging van deze bepaling kan niet worden ingeroepen als de bepaling is goedgekeurd door de rechter (artikel 7:291 lid 2 BW). Deze goedkeuring wordt in rechte alleen gegeven als het afwijkende beding de rechten die de huurder aan Boek 7, titel 4, afdeling 6 BW ontleent niet wezenlijk aantast of diens maatschappelijke positie in vergelijk met die van de verhuurder zodanig is dat hij de bescherming van de onderhavige afdeling in redelijkheid niet behoeft (artikel 7:291 lid 3 BW).

Het overeenkomen van een ontbindende voorwaarde die ertoe leidt dat een verhuurder buiten rechte tot ontbinding van een huurovereenkomst over kan gaan, is een bepaling die ten nadele van de huurder afwijkt van de beëindigingssystematiek van artikel 7:290 BW e.v. Om die reden zal de rechterlijke goedkeuring van deze voorwaarde noodzakelijk zijn om te voorkomen dat

5 HR 23 september 1983, NJ 1984, 309 (Stenen Consumptie Kiosk).

de huurder de mogelijkheid heeft vernietiging van deze voorwaarde in te roepen.⁶

In deze kwestie is de ontbindende voorwaarde niet goedgekeurd door de rechter, hetgeen niet in de weg staat aan de oproeping van de ontbindende voorwaarde door RS. RS zal, teneinde de ontbindende voorwaarde in te kunnen roepen, uiterlijk op de zevende dag na 1 december 2010 (dus uiterlijk 8 december 2010) de schriftelijke mededeling waarin zij de buitengerechtelijke ontbinding van de huurovereenkomst inroept aan dienen te bieden aan De Hapjeswinkel. Voor het overige, zie de beantwoording ten aanzien hiervan bij vraag (d). Als RS de ontbindende voorwaarde inroept, staat het De Hapjeswinkel vrij buitengerechtelijk de vernietiging van deze voorwaarde in te roepen (artikel 3:49 BW juncto artikel 3:50 BW).

Als de vernietiging van de ontbindende voorwaarde wordt ingeroepen door De Hapjeswinkel, blijft de huurovereenkomst in stand. In dat geval rest RS uitsluitend ofwel nakoming van de huurovereenkomst af te dwingen (ex artikel 6:74 BW) dan wel, indien nakoming uitblijft en de tekortkoming dermate ernstig is dat dit de ontbinding van de huurovereenkomst rechtvaardigt, het invoeren van de ontbinding van de huurovereenkomst krachtens het bepaalde in artikel 7:231 BW. Laatstgenoemd artikel betreft de ontbinding van de huurovereenkomst in verband met een toerekenbare tekortkoming zijdens de huurder. Het invoeren van deze ontbinding door de verhuurder op deze grond kan uitsluitend in rechte plaatsvinden.

Als RS derhalve deze ontbindende voorwaarde wenst overeen te komen, zonder het risico van de vernietiging te lopen, dan is het te adviseren deze bepaling ter goedkeuring voor te leggen aan de rechter en deze goedkeuring te verkrijgen voordat de huurovereenkomst in werking treedt.

(Aantal woorden: 1481)

6 Zie M.F.A. Evers, *Huurrecht Bedrijfsruimten*, Deventer: Kluwer 2003, p. 128; H.E.M. Vrolijk, *Groene Serie Huurrecht* (losbl.), artikel 7:291 BW, aant. 13; en A. de Fouw, 'Kroniek toetsing van afwijkende bedingen', *Tijdschrift voor Huurrecht Bedrijfsruimte* 2007/6, p. 185, voetnoot 4.

C O M M E N T A A R

Bovenstaande opdracht is gegoten in het stramien dat ik zelf hanteerde als docent van het Practicum Burgerlijk recht (1993-1995) en dat ik gewend was van toen ik het vak zelf als student volgde (1989). Hoe het nu is weet ik niet, maar in die tijd was 'Prac BW' bij studenten even gevreesd als het geliefd was. Gevreesd vanwege de druk van het elke week opnieuw een opdracht in moeten leveren en de directe confrontatie met de eigen tekortkomingen. Geliefd omdat bij veel studenten het besef bestond dat pas toen, na bijna drie jaar studie, voor het eerst werd gedaan waar het in een academische studie op aan komt: niet het reproduceren van wat anderen hebben gezegd, maar het *zelf* aan de slag gaan met het juridische materiaal en daar iets eigens aan toevoegen. In dat opzicht is bovenstaande opdracht overigens niet heel representatief: het gaat hier om de eenvoudige toepassing van geldend Nederlands recht op enkele precies gedefinieerde vragen. In de meeste van mijn opdrachten werden studenten ook uitgenodigd om vergezichten te bieden (bijvoorbeeld met aandacht voor rechtsvergelijking, rechtsgeschiedenis of rechtstheorie) en hanteerde ik een ruime definitie van 'Practicum': daar konden ook adviezen aan wetgevers en beleidsmakers onder vallen.

Intussen is, met de beperkingen die de opdracht in zich draagt, bovenstaande uitwerking voorbeeldig. Dat kan ook moeilijk anders: een gevierd advocaat vragen om een advies aan een cliënt te schrijven op een terrein waarop hij bij uitstek deskundig is moet wel tot maximaal resultaat leiden.